

Tilburg University

Waarheid in het burgerlijk proces, bespreking NJV preadvies

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2012

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2012). Waarheid in het burgerlijk proces, bespreking NJV preadvies. *Nederlands Juristenblad*, 87(22), 1504-1509.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

(Verschenen in: NJB 2012, p. 1510-1514)

Waarheid in het burgerlijk proces

Bespreking preadvies G. de Groot, NJV 2012

Eric Tjong Tjin Tai¹

1. Inleiding

Het thema ‘waarheid en waarheidsvinding’ van de NJV-preadviezen van dit jaar stelt de civielrechtelijke preadviseur, Dineke de Groot, voor een niet geringe opgave, nu er onlangs een diepgravend proefschrift is verschenen over deze zelfde materie.²

Nochtans weet de preadviseur hier een eigen draai aan te geven. Waar het eerdere proefschrift mede filosofisch van aard is, kiest zij – wellicht ook ter afbakening van het eveneens meer beschouwelijke preadvies van Marc Loth – voor een primair positiefrechtelijk betoog. Zoals we van De Groot gewend zijn is dit zeer degelijk en grondig. Het preadvies bevat interessante analyses, schuwt ingewikkelde kwesties niet, en bevat een uitvoerig notenapparaat waar ook hartverwarmend veel wordt verwezen naar oudere auteurs benevens overvloedige rechtspraak.

2. Vier lagen

Het preadvies begint met een beschrijving van het algemene kader van waarheidsvinding (par. 1-2). De preadviseur benadert dit vanuit de spanning tussen de optiek van partijen en die van de rechter, die ook hoeder van algemene, publieke belangen is. Meer algemeen ontwaart zij (par. 2) vier bronnen van dilemma’s ten aanzien van waarheidsvinding (De Groot spreekt van ‘lagen’): de tegenstelling tussen de twee genoemde perspectieven, het gegeven dat waarheidsvinding in de procedure ook interpretatie is, de relativiteit van de bewezen feiten (de bewezenverklaring en de relevantie van feiten geldt alleen binnen de procedure), en vrijheid van partijen versus de rechtvaardigheid. Alhoewel deze ‘lagen’ inderdaad relevante aspecten van de problemen rond waarheidsvinding belichten, moet ik bekennen dat de indeling mij niet geheel overtuigt. Enerzijds lijkt er sprake van overlap: de vierde en eerste laag

¹ Prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg en medewerker van dit blad.

² R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, diss. Tilburg, Kluwer: Deventer 2011.

vertonen enige gelijkenis. Anderzijds is niet aanstonds duidelijk waarom de tweede en derde laag tot dilemma's zouden leiden: zij leiden tot complicaties, maar niet evident tot lastige keuzes. In het vervolg lijkt de nadruk te liggen op de eerste/vierde laag (zie ook par. 6).

Laatstgenoemde invalshoek brengt beperkingen met zich. Bij het onderwerp 'waarheid in het civiele proces' wordt toch eerst en vooral gedacht aan de vraag of de feiten juist zijn vastgesteld? Het probleem dat in het preadvies aan de orde wordt gesteld lijkt een ander te zijn: in hoeverre wordt de rechter door partijen belet om kennis te nemen van de waarheid, en wat kan hij daartegen doen? Dit wekt onbedoeld de indruk van wantrouwen tegen partijen, alsof alles uit domheid of kwade opzet voortkomt. Bovendien wordt daardoor de rechter als oorzaak van onwaarheid buiten beeld gelaten. De preadviseur wijst er wel op dat partijen te goeder trouw verschillende interpretaties kunnen verdedigen (p. 54) en menselijke fouten kunnen maken (p. 51); voor het overige lijken toch partijen als bron van verwarring te worden aangewezen. Ik zou liever niet partijen tegenover de rechter plaatsen, doch veeleer alle procesdeelnemers beschouwen als in beginsel gericht op eenzelfde doel: een zo goed mogelijk zicht op de zaak te krijgen. Het dialectisch model van het proces, waarin de zaak in voortdurende dialoog gestalte krijgt en verhelderd wordt, is bij uitstek ingericht om de menselijke feilbaarheid daarbij zoveel mogelijk te overwinnen.³

3. Waarheidsvinding als baken in de procedure

In par. 3 behandelt De Groot de wijze waarop in de procedure de gerichtheid op waarheidsvinding wordt uitgewerkt, en de verschillende standpunten die hierover zijn ingenomen. Zij loopt nauwgezet de talrijke wetsbepalingen en regelingen na die de rechter verplichten zich op de waarheid te oriënteren, doch hem tevens dwingen zich te beperken tot het geschil zoals partijen dat voorleggen. Dit laat overtuigend zien hoezeer waarheidsvinding is geïntegreerd en doorwerkt in het procesrecht, en stelt dit onderwerp in reliëf. Wat opvalt is dat De Groot in het geheel niet ingaat op stelplicht en bewijslastverdeling, ofschoon dat in de praktijk de voornaamste instrumenten zijn waarmee de rechter invloed kan uitoefenen op de waarheidsvinding.

³ Het huidige procesmodel waarbij de nadruk ligt op slechts één conclusie miskent dit overigens: dat veronderstelt dat partijen probleemloos in één keer een passend beeld kunnen schetsen.

Juist bij betwiste feiten ligt het niet louter aan beide partijen dat de waarheid niet boven tafel komt; één partij wil dat wel, doch de ander houdt dat tegen.⁴ De rechter zou uit het oogpunt van waarheidsvinding een passende bewijslastverdeling kunnen kiezen. Als een billijke verdeling van bewijslast leidt tot de materieel juiste uitkomst, verdient zo'n verdeling op zichzelf de voorkeur. Daarnaast kan een billijke bewijslastverdeling ook ertoe leiden dat de partij die daartoe in staat is het materiaal voor de feiten aandraagt, althans daartoe wordt aangespoord ('geprikkeld', zeggen we tegenwoordig). Er is al vaker gepleit voor de billijkheidstheorie van bewijslastverdeling; de wetgever heeft om redenen van rechtszekerheid gekozen voor de gemengd objectieve leer.⁵ Echter daarbij was uitdrukkelijk de mogelijkheid opengelaten voor correctie op grond van redelijkheid en billijkheid (art. 150, slot, Rv), wat in de praktijk evenwel weinig lijkt te worden toegepast. **Bewijslastverdeling lijkt inmiddels verworpen tot een kwestie van dorre technische regels die mechanisch worden toegepast**, ongeacht of daarmee wordt bevorderd dat de waarheid boven tafel komt. Overigens heeft de rechter via het rechterlijke vermoeden wel weer de ruimte die de regels van bewijslastverdeling hem lijken te ontzeggen; rechters lijken daar niet altijd oog voor te hebben. Ook de regels omtrent stelplicht lijken soms meer gebruikt te worden om de rechter werk te besparen dan om daadwerkelijk in te gaan op wat er zich heeft afgespeeld.⁶ Een korte opmerking over dit alles had in dit kader niet misstaan.⁷

4. Rechtsgronden en feitelijke grondslag

Vervolgens gaat het preadvies in par. 4 diepgaand in op de spanning tussen de beperking van het geschil door de feitelijke grondslag (art. 24 Rv) en de plicht tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (art. 25 Rv). Dit komt aan de orde wegens het feit dat het in de procedure niet louter gaat om blote feiten, doch merendeels om interpretaties, of zoals juristen zeggen: *kwalificatie* van blote feiten, dat wil zeggen: rechtsfeiten. We zeggen meestal niet: A heeft tegen B gezegd dat zij het eens waren, en B zei dat eveneens, en daarom is er een overeenkomst. We zeggen meestal

⁴ Overigens kan dat ook te goeder trouw zijn, wegens uiteenlopende interpretaties van de feiten.

⁵ Zie uitvoerig W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer 2004, hfdst. 2.

⁶ Vgl. het door de preadviseur genoemde preadvies van Ahsmann voor de NVvP, alsmede A.C. van Schaick, NTBR 2012, p. 113, die twee arresten bespreekt waar de Hoge Raad vernietigt wegens te hoge eisen aan de stelplicht (HR 28 januari 2011, LJN BO6106 en HR 6 januari 2012, LJN BT8641).

⁷ Al ware het in de vorm van een verwijzing naar het aansprekende betoog van De Bock, diss., par. 5.8 op dit punt.

gewoon: partijen hebben toen een overeenkomst gesloten. Als zo'n stelling evenwel betwist wordt, zal zo'n rechtsfeit toch weer onderbouwd worden met een uitvoeriger feitelijk verhaal, dat dan evenwel nog steeds in het licht van een vooropgestelde conclusie wordt gepresenteerd.

Misschien verbaast het dat dit onderwerp zo diep wordt uitgewerkt in het kader van 'waarheidsvinding'. Immers als partijen het eens zijn over de blote feiten en slechts twisten over de interpretatie daarvan, lijkt het erop dat de rechter dan niet zozeer bezig is waarheid te vinden, als wel met kwalificatie en juridische argumentatie. Hiertegen valt in te brengen dat het voor partijen in essentie er om draait wiens 'verhaal' waar is; **leken maken niet altijd zo strikt onderscheid tussen blote feiten en rechtsfeiten**. Het is daarom verdedigbaar dat het preadvies nader ingaat op deze tamelijk technische materie.

Voor de lezer die niet vertrouwd is met de onderhavige problematiek, biedt par. 4 een heldere introductie met duidelijke definities. Zeer versimpeld draait het er om dat partijen ieder een verhaal voorleggen, en aan de rechter de keuze voorleggen welk verhaal het ware is, maar dat de rechter vaak geneigd is in een verhaal te gaan sleutelen door de feiten net iets anders te interpreteren en te belichten dan partijen zelf doen; hij herschrijft dan het verhaal. Hij rechtvaardigt dit dan door er op te wijzen dat de afloop toch hetzelfde blijft en het plot hierdoor plausibeler wordt. Maar is het dan nog wel het verhaal van de partij? Prevaleert de autonomie van de auteur of de rol van de rechter?

Op één punt zou ik de beschrijving willen corrigeren. De preadviseur verstaat onder rechtsgronden niet alleen rechtsregels, maar ook rechtsgronden van een gemengd feitelijke en juridische aard (p. 73). Dit laatste komt mij onjuist voor: in zo'n geval gaat het om rechtsfeiten die onderdeel uitmaken van de feitelijke grondslag. Toegegeven zij dat de Hoge Raad in zijn standaardformule over aanvulling van de feitelijke grondslag sinds 2004⁸ de term 'rechtsgronden' gebruikt, echter daarmee lijkt geen nieuwe terminologie bedoeld.⁹ Een zodanig ruime invulling van deze term wekt bovendien verwarring doordat de afbakening met de feitelijke grondslag vervaagt of zelfs verdwijnt. De afwijkende opvatting van de preadviseur wordt niet gestaafd met verwijzingen, en werkt door in haar vraagpunt: in de voorgestelde toevoeging op art.

⁸ HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 92 (PSW/Stoppels), rov. 3.4.

⁹ Vgl. ook de principiële formulering in HR 24 februari 2012, LJN BV0472, r.o. 4.5.2.

25 Rv gaat het mijns inziens om aanvulling van de feitelijke grondslag, hetgeen beter in een aanvulling op art. 24 Rv zou passen.

Verder zou ik bestrijden dat de rechter bewijs mag verlangen van onbetwiste stellingen indien hij twijfelt aan het waarheidsgehalte ervan, zoals De Groot stelt: “Aanvaarding van onwaarachtige stellingen leidt immers tot rechtsgevolgen die niet stroken met de werkelijkheid in geschil en dat zijn eigenlijk evenzeer rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan” (p. 83). Dit is een non sequitur. Het uiteindelijke rechtsgevolg tussen partijen is meestal slechts een vermogensverschuiving of andere verandering in de onderlinge rechtsverhouding, dat welzeker ter vrije bepaling van partijen staat, behoudens dwingend recht. Dat is slechts anders als de rechter door onware feiten niet over een serieus geschil oordeelt: de rechter is er niet louter voor leergierigheid.¹⁰ Nadere voorbeelden zouden duidelijker maken waarom dit dan zo’n probleem zou moeten zijn dat de partijautonomie moet wijken. Die voorbeelden ontbreken op dit punt (zoals vaker in de discussie). Deze bespreking is evenmin de plaats om dit uitvoerig te behandelen.

5. Het vraagpunt

Het voorgestelde vraagpunt bouwt voort op het betoog in par. 4. De hoofdstelling van het vraagpunt is dat in art. 25 Rv moet worden neergelegd dat de rechter naar waarheid dient te beslissen. Zo’n waarheidsplicht gaat – ik gaf het hierboven aan – mij te ver, nog los van de praktische consequenties voor doorlooptijd van zaken. Die vэрstrekkende stelling vindt ook geen steun in het preadvies. In de toelichting op het vraagpunt lijkt het te gaan om een gematigder voorstel, dat ook in par. 4.7.5 is te vinden: een aanvulling van art. 25 Rv inhoudende dat de rechter ambtshalve ‘de rechtsgronden die een feitelijk element bevatten’¹¹ mag aanvullen, mits een partij op het feitelijke element een beroep heeft gedaan. De preadviseur steunt hiervoor op twee arresten¹² die wijzen op een vergroting van de mogelijkheid om partijen te wijzen op een mogelijke rechtsgrond.

Ook in deze gematigder vorm aarzel ik over de wijsheid van zo’n voorstel. Allereerst wat technische bezwaren. Het zou een wijziging van art. 24 Rv moeten zijn,

¹⁰ Vgl. Conclusie A-G Biegman-Hartogh, nr. 4.3 voor HR 24 februari 1989, NJ 1989/425 en Rb Utrecht 30 november 2005, LJN AU7468, JBPr 2006, 59 m.nt. H.W. Wiersma.

¹¹ Ik zou zeggen: de feitelijke grondslag.

¹² HR 26 september 2003, NJ 2004, 460 (Regiopolitie/Hovax) en HR 14 maart 2008, LJN BC1231 (Lammers/mr. Aerts q.q.).

niet art. 25 Rv, nu het in wezen de feitelijke grondslag betreft. Daarnaast ontbreekt ten onrechte de verplichting om partijen te horen, hetgeen wel in de genoemde arresten is geïmpliceerd. Die eerdere zaken betroffen bovendien gevallen waar alleen een potentiële rechtsgrond (in de zin van rechtsregel) was voorgesteld die voor de hand lag; zij waren in hoge mate bepaald door de casus (die de preadviseur wat te beknopt weergeeft). In Lammers/mr. Aerts q.q. was naast de concrete feiten ook het rechtsgevolg ingeroepen (met een zeer verwante bepaling) zodat het nagenoeg een gewone aanvulling van rechtsgronden betrof. In Regiopolitie/Hovax liep de rechter vooruit op een nog te voeren partijdebat en stelde louter een rechtsgrond voor. De arresten lijken niet meer te suggereren dan de rechterlijke bevoegdheid om soms een voor de hand liggend wetsartikel te noemen.

Mijn bezwaren gaan echter dieper. Op zichzelf is het zinvol dat partijen voor vergissingen worden behoed; de preadviseur brengt het debat op een hoger plan door met uitvoerige verwijzingen te onderstrepen dat er brede steun is voor een dergelijke benadering (p. 91-94). Ik sta hier sympathiek tegenover en wijk in zoverre af van het principiële standpunt van Van Schaick.¹³ De uitvoering van zo'n streven is echter lastiger dan het lijkt.

Om te beginnen is het mogelijk dat de advocaat een bepaald punt laat liggen om redenen van procestactiek: omdat het onzeker is of een feit kan worden bewezen, of omdat het toepasselijk recht op dat punt onzeker is. Als een drieste rechtbank dan toch ambtshalve zo'n punt oppakt en zelfs daarop beslist, doch het hof dat oordeel op goede gronden vernietigt, is eiser nodeloos op kosten gejaagd (en mist een instantie voor de wel aangevoerde gronden).¹⁴ Als de rechter pas na een uitvoerig debat en/of bewijslevering alsnog tot het inzicht komt dat de advocaat gelijk had met zijn terughoudendheid, zijn er evenzeer nodeloze kosten gemaakt. De rechter moet niet vergeten dat hij er naast kan zitten.

Daarnaast kan ook een kansrijk punt opzettelijk zijn blijven liggen. De Groot gaat er van uit dat een partij altijd alles wil om de zaak te winnen (p. 87). Dat is echter niet per se het geval. Er kunnen tal van goede redenen zijn waarom een partij een bepaalde grondslag laat liggen. Als de rechter daar te zeer op in gaat, betekent dit dat hij het werk van de advocaat als een schoolmeester gaat zitten controleren, en

¹³ Het burgerlijk recht de baas?, Inaugurele rede Tilburg, 2009.

¹⁴ Ik heb een vergelijkbaar geval in de praktijk ontmoet.

bovendien de partij dwingt publiekelijk, binnen gehoorsafstand van de wederpartij rekenschap af te leggen van zijn keuze. Als illustratie wijs ik op het (strafrechtelijke) proces in de film *The Reader*, waar de voormalige kampbewaakster uit hoogstpersoonlijke overwegingen (schaamte) opzettelijk een feit verzwijgt dat haar standpunt zou hebben bewezen. Natuurlijk wringt het indien de rechtvaardigheid lijdt onder de gevoelens van partijen, maar moet de rechter dan dwingen om volledige openheid te geven, ook waar alleen de partij zelf nadeel ondervindt? In de gewone procespraktijk kan het gaan om aardse gevallen, waar een partij uit piëteit niet vermeldt dat de tijdelijke afwezigheid van een werknemer gevolg was van gevangenisstraf, of de aard van een relatie of conflict tussen twee personen in het midden laat. Ook dan lijkt het niet bezwaarlijk als partijen welbewust een mogelijk relevant feit buiten het rechtelijk blikveld houden. **Waarheidsvinding dient niet een camouflage voor nieuwsgierigheid te worden.**

Ook buiten zulke gevoeligheden is het aan partijen zelf om te beslissen waar zij een punt van willen maken. Een partij mag een summiere, onduidelijke mededeling als toereikend beschouwen voor de klachtplicht, ingebrekestelling of stuiting, en daarom niet betwisten dat zodanig rechtsfeit zich heeft voorgedaan. Een verzekeraar mag aansprakelijkheid erkennen, ook al zouden de feiten een serieuze betwisting mogelijk maken. De rechter dient daar dan niet van af te wijken in naam van de waarheidsvinding. Het kan zelfs zijn dat een implausibel feit niet betwist wordt omdat het waar is, ofschoon de wederpartij het niet zou kunnen bewijzen. Het ware absurd als de rechter dan van de wederpartij een bewijs verlangt dat niet kan worden geleverd, terwijl partijen weten en erkennen dat het de waarheid is. Wat er voor de rechter wellicht uitzielt als een beroepsfout, luiheid, verdoezelen van de waarheid, kan daarom heel wel voortkomen uit waarheidsliefde, billijkheid, wenselijkheid het geschil inhoudelijk te winnen.¹⁵ Indien de rechter hier te actief wordt, is het gevaar niet denkbeeldig dat hij het geschil gaat beslechten op een punt waar partijen het in het geheel niet over wensen te hebben, met als gevolg dat het vonnis geen der partijen bevredigt.

Overigens is er een reëel risico dat de rechter gaat meeproceduren. Wie eenmaal behulpzaam is met het onderbouwen en uitwerken van het standpunt van één

¹⁵ De Groot (p. 112) geeft ook een voorbeeld van een werknemer die slechts 40 maanden arbeidsongeschiktheidsuitkering verlangt, terwijl hij wellicht recht zou kunnen hebben op 100 maanden.

partij gaat licht (en onbewust) de zaak ook verder vanuit dat standpunt beschouwen zonder dat hier grond voor is. Dit is strijdig met de rechterlijke onpartijdigheid en objectiviteit.

Privacy, piëteit, billijkheid, kostenoverwegingen, en inschattingfouten van de rechter: om al deze redenen verdient een terughoudende rechterlijke opstelling de voorkeur. Dat de rechter de uiteindelijke beslissing neemt, pleit eerder voor voorzichtigheid dan voor activisme. Zijn visie op de zaak behoeft correctie door het debat met partijen; hij moet zich niet te snel willen mengen in zaken die hem niet aangaan. Gelet op dit alles is een waarheidsplicht tegen de wil van partijen geen goed idee, evenals een ambtshalve aanvulling van de feitelijke grondslag als de rechter denkt dat er een vergissing is gemaakt. Toelaatbaar is hooguit het voorzichtig polsen of de partij inderdaad een bepaald punt wil laten liggen, of het voorleggen van een mogelijke rechtsregel. Dan vraag je partijen gewoon over hun standpunt. Maar dat is eenvoudigweg een kwestie van procesvaardigheden van de rechter. Het preadvies geeft daar, bij de bespreking van de comparitie, behartenswaardige aanwijzingen voor (p. 111-117). Ik sluit mij dan ook liever aan bij de toon van het preadvies, dan bij de concrete formulering van het vraagpunt.

6. De comparitie

Bij haar behandeling (par. 5) van de betekenis van de comparitie voor de waarheidsvinding blijkt de ruime zittingservaring van De Groot. Zij benadrukt terecht de inbedding van de mondelinge behandeling in het procesrechtelijke beslissingsmodel (p. 109), wat leidt tot andere accenten voor het gedrag van de rechter. Het voordeel hiervan is dat de comparitie beter wordt ingepast in de gehele procedure. Om deze reden bepleit zij voorts (par. 5.4, 5.5.7) om de comparitie tot een volwaardige mondelinge behandeling uit te bouwen (en niet te beperken tot de beantwoording van rechterlijke vragen, die het te vaak is). Dit brengt bijvoorbeeld met zich dat partijen voldoende gelegenheid krijgen het debat te continueren (p. 116). Verder doet De Groot de praktische aanbeveling om het vereiste van ondertekening van het p-v van comparitie te schrappen (p. 117). Dit lijken mij allemaal goede suggesties die steun verdienen. Overigens is de gehele paragraaf een uitstekende wijzer voor de zittingsrechter ten aanzien van allerlei kwesties en gevoeligheden die zich kunnen voordoen: het zou verplichte kost mogen worden in de opleiding.

7. Uitleiding

Het preadvies als geheel is wisselend van abstractie en moeilijkheidsgraad; ook vindt wellicht niet iedereen elk deelonderwerp even interessant. Een lezer die daardoor in één paragraaf blijft steken, zou er dan beter aan doen door te bladeren naar een volgende paragraaf die hem beter ligt: anders zou hij zich leerzame bespiegelingen onthouden. Voor iedere civilist – en in het bijzonder voor rechters – valt er wel iets op te steken van het zeer doorwrochte betoog. Naast diverse praktische aanwijzingen (bijvoorbeeld de ‘verjaardagstoets’, p. 82) geeft de preadviseur een aansprekend beeld van hoe de rechter zou moeten functioneren. In welhaast lyrische bewoordingen spreekt zij van “een rechter die ter comparitie in begrijpelijke taal duidelijk maakt dat hij de vrijheid van partijen over hun burgerlijke rechten en rechtsbetrekkingen respecteert en de procesdeelnemers adequaat bejegt, maar tegelijk alert is of het belang van de waarheidsvinding wordt gediend” (p. 115). De strekking van het betoog is dat de rechter terughoudend moet zijn met zich op de voorgrond stellen, en met niet meer dan gepaste voorzichtigheid partijen mag aanmoedigen om een tipje van de sluier op te lichten. Die nuance verdient bijval: het voorgestelde vraagpunt dient daarom ontkennend te worden beantwoord.